

## 論專利侵害之罪與罰（下）

李文賢 撰

### 簡目

- 肆、專利侵害之違法性
- 伍、專利侵害之有責性
- 陸、專利侵害之參與型態
- 柒、專利侵害之競合問題
- 捌、專利侵害之刑罰
- 玖、專利侵害之可罰性

### 肆、專利侵害之違法性

所謂「違法性」，係指行為對於法規範具有否定對立之本質<sup>70</sup>。目前多數學者於構成要件之性質採違法行為類型說，認為構成要件具有違法推定機能，該當於構成要件之行為，原則上均屬違法，僅有阻卻違法事由之例外情形，方不具違法性。

#### 一、阻卻違法事由

阻卻違法事由可分為「法定阻卻違法事由」與「超法規阻卻違法事

由」，前者包含正當防衛、緊急避難、依法令之行為、公務員依命令之職務行為、業務上正當行為等；後者包含得被害人承諾、義務衝突、容許風險等事由<sup>71</sup>。

在侵害專利行為中，雖可想像上揭事由之存在可能性，例如：公務員依命令而侵害專利<sup>72</sup>、為緊急避難而侵害專利等，但應不多見；值得探究者為專利權效力不及事由與特許實施是否屬於阻卻違法事由。

70 林山田，刑法通論，157 頁。

71 刑法第二十一條至第二十四條參照。

72 美國有多件專利權人控告國家侵害專利之判例，例如：Autogiro Company of America v. United States, 384 F.2d 391 (1967)、Huges Aircraft Company v. United States, 219 U.S.P.Q. 473 (1983)，此類案件可能發生下級公務員依上級命令而侵害專利之情事。

專利法第五十七條所列各款，例如：為研究試驗而實施專利，以往學者認為該當於侵害專利罪之構成要件，但具阻卻違法事由，因此不成罪<sup>73</sup>。惟此類事由既為「專利權效力所不及」，應非屬專利權範圍，自無侵害專利可言，因此本文認為：符合該條行為應屬構成要件不該當，而非阻卻違法事由。

而特許實施係基於兼顧社會大眾利益，對專利權加以相當限制，亦非屬專利權範圍，應與前述情形作相同解釋。類似情形為著作權法之「合理使用」<sup>74</sup>。

## 二、可罰違法性

對於專利侵害行為，尚須考慮可罰違法性。

所謂「可罰違法性」，乃值得作為犯罪加以科處刑罰程度之違法性。基於刑法謙抑思想與違法相對性觀念，某些行為形式上雖該當於犯罪構成要件，但就「結果非價」而言，其侵害法益輕微，就「行為非價」而言，其行為逸脫輕微，因此未具可罰違法性，犯罪不成立<sup>75</sup>，例如：擅用他人空白信紙一張，行為雖該當於侵占罪之構成要件，但並無科處刑罰必要<sup>76</sup>。

基於「瑣事不煩法律」之法理，多數國家對於非以營業為目的之個人實施行為，均規定不構成專利侵害<sup>77</sup>，本文認為：專利法修正應考慮將此條文納入；而依現行法，此類行為雖構成專利侵害<sup>78</sup>，但其法益侵

73 石川惣太郎，特許刑事法（東京：發明協會，1990年7月），18頁以下。

74 學者對著作權之「合理使用」在刑事法上之定位見解不一。主張「阻卻構成要件」者：趙晉枚等五人，智慧財產權入門，178頁（執筆：謝銘洋）、陳學德，著作財產權犯罪之研究（政治大學法律研究所碩士論文，民86年6月），114頁。主張「阻卻違法」者：許再定，著作權侵害之刑事責任（中興大學法律研究所碩士論文，民85年7月），92頁。

75 甘添貴，可罰的違法性之理論，軍法專刊，38卷6、7期；蘇俊雄，刑法總論II（台北：自行出版，民86年7月），261頁；洪福增，刑法理論之基礎（台北：刑事法雜誌社，民66年2月），272頁。反對見解，參看林山田，「評可罰違法性理論」，收於氏著「刑事法論叢（二）」，1頁以下。

76 最高法院七十四年台上字第四二二五號判例參照。

77 例如德國專利法第十一條、日本特許法第二條、法國發明專利法第二十九條第三款。

78 專利侵害鑑定基準謂「消費者純為滿足個人需要，或以實驗、研究為目的而無營利行為之『使用』，則為專利效力所不及。」（3頁），其見解可資認同，惟似逾越現行法規定。

害性與行為逸脫性均屬輕微，並無可罰違法性，應不成立犯罪。

### 伍、專利侵害之有責性

所謂責任，乃對於行為人意思形成之非難可能性。「無責任，即無刑罰」，違法之構成要件該當行為，必須行為人具有責任，始成為具有刑罰法律效果之犯罪行為。通說認為責任要素包含責任能力、責任條件、不法意識與期待可能性。

#### 一、責任能力

責任能力即負責任之地位或資格，依我國刑法規定，責任能力以年齡及精神狀態為判斷標準<sup>79</sup>。

#### 二、責任條件

責任條件即違法行為之心理狀態，其型態有二：故意與過失<sup>80</sup>，侵害專利罪僅處罰故意犯。

#### 三、不法意識

不法意識，係指行為人對於其所為行為乃法所不容許之認識。不法意

識之內涵，並非對其行為觸犯特定刑法條款有所認識，亦非對於行為可罰性之認識，而是行為人瞭解其行止違反法規範之禁止或誡命<sup>81</sup>。

行為在客觀上應予處罰，但行為人欠缺不法意識，此類因行為人對於行為之違法性產生之錯誤，即為「禁止錯誤」。目前通說對於禁止錯誤之法律效果採責任說，若錯誤係可避免，得減輕或免除責任；若錯誤係不可避免，則阻卻責任，不成立犯罪。刑法第十六條：「不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節得減輕其刑。如自信其行為為法律所許可而有正當理由者，得免除其刑。」規定意旨亦同<sup>82</sup>。

專利侵害案件中，再發明人雖知悉原發明人之專利權存在，亦知實施自己專利必會利用其專利，但因對專利法規理解有誤，以為既經國家授與專利，即取得法定實施權，

79 刑法第十八條至第二十條參照。

80 故意與過失在犯罪論體系地位隨刑法理論之演進而變動，大約可分 1. 責任要素說 2. 構成要件說 3. 構成要件及責任要素說，因此有些學者認為有責性無須討論故意與過失，參看甘添貴，故意與過失在犯罪論體系上之地位，收於氏著「刑法案例解評」，9 頁以下。

81 林山田，刑法通論，209 頁。

82 林山田，刑法通論，212 頁。

不構成侵害，此係「禁止錯誤」，依學者通說，仍該當於構成要件，僅可因欠缺不法意識，而阻卻或減輕責任。

#### 四、期待可能性

期待可能性，係期待行為人以合法行為措施代替違法行為之可能性。目前學者多承認期待可能性為犯罪要件，因期待可能性本即責任之基礎，可期待行為人實施合法行為時，其選擇實施違法行為，固難辭其咎；惟因客觀情勢，不能期待行為人不為犯罪行為時，行為人縱為之，基於「法律不強人所難」之思想，應減輕或免除其刑責。至於期待可能性之判斷標準，學者尚有不同見解<sup>83</sup>。

出於期待不可能之侵害專利行為，日本學者曾舉一例：某公司瀕臨倒閉，老闆下命員工侵害專利以挽救業績，員工倘不從命，則立即失業，其侵害行為係出於期待不可能<sup>84</sup>。身處富裕社會觀此例，或以為殊難想像；但設身處地考慮在經濟環境劇烈起伏時期，行為人所面臨之困境，就法之嚴酷與人性之脆弱間，似仍有折衝之必要。

#### 陸、專利侵害之參與型態

行為人於不同型態之犯罪過程中，因扮演角色之地位與份量各不相同，其對完成犯罪之重要性各異，故在刑法評價上亦各不相同。刑法論理中創造「正犯」與「共犯」兩種類型，前者可分為直接正犯與間接正犯、單獨正犯與共同正犯，後者可分為教唆犯與幫助犯<sup>85</sup>。

#### 一、正犯

##### （一）直接正犯與間接正犯

直接正犯，係指以自己行為直接實現構成要件之行為人；相對而言，間接正犯，係指行為人利用他人為犯罪之行為工具，而為自己實現構成要件以遂其犯意者。

侵害專利之行為人一般均屬直接正犯，但亦可能利用他人無故意之行為，遂行犯罪目的而成立間接正犯，例如：委託不知情之他人代工製造專利物品。

##### （二）單獨正犯與共同正犯

單獨正犯，係指無他人參與，單獨一人實現不法構成要件者；相

<sup>83</sup> 蘇俊雄，刑法總論Ⅱ，312頁。

<sup>84</sup> 石川惣太郎，特許刑事法(東京:發明協會, 1994年9月)，54頁。

<sup>85</sup> 林山田，刑法通論，267頁。

對而言，共同正犯，係指二人以上，基於共同之行爲決意，各自分擔犯罪行爲之一部或全部，而共同實現構成要件者，其法律效果爲「一部行爲，全部負責」。

刑法第二十八條規定：「二人以上共同實施犯罪之行爲者，皆爲正犯。」，學者通說認爲其成立要件包含「犯意聯絡」（主觀要件）與「行爲分擔」（客觀要件）。

侵害專利案件中，認定共同正犯之見解亦同，例如：「被告二人就所犯明知爲仿造有專利權之新型而販賣部分，有犯意聯絡及行爲分擔，應論以共同正犯」<sup>86</sup>，「被告等共同犯罪，彼此間有犯意聯絡及行爲之分擔，均爲共同正犯」<sup>87</sup>。

所謂「行爲分擔」，並不以同時同地實施爲必要，亦不以參與構成要件之實行爲必要，僅需出自共同行爲決意之分工行爲即爲已足。例如：乙、丙設立 A 公司，丁、戊設立 B 公司，均連續製造並販賣甲擁有專利權之產品，其中乙、丙負責製造，丁、戊負責販賣，法院認爲「（丁、戊）

二人所印發之名片將 A 公司與 B 公司並列，聯絡電話並包括 A 公司及其台北營業所之電話等情以觀，顯其二人與被告乙、丙應具犯意之聯絡，是縱其二人僅分擔販賣之行爲，並未實際參與製造，仍無礙共同正犯之成立」<sup>88</sup>。

## 二、共犯

### （一）教唆犯

教唆犯乃出於教唆故意，而唆使他人實行犯罪行爲之人。

### （二）幫助犯

幫助犯乃指故意幫助他人實施故意犯罪之人。

由於實務上傾向將主觀上以自己犯罪之意思或客觀上參與構成要件實施之人均認定爲共同正犯<sup>89</sup>，共犯成立之可能性不大，專利侵害案件中之教唆犯或幫助犯亦極少見。

## 柒、專利侵害之競合問題

同一行爲人之一行爲可能實現一構成要件，亦可能實現數構成要件；同一行爲人之數行爲可能實現一構成要件，亦可能實現數構成要件。

86 台灣板橋地方法院八十四年易字第一二〇七號判決參照。

87 台灣高等法院台中分院八十六年上易字第五號判決參照。

88 台灣台中地方法院八十年易字第五八六六號判決參照。

89 最高法院二十四年七月刑庭總會決議參照。

件；為避免一罪數罰，造成罪責擴張，刑法論理發展出「競合論」。競合論在概念上正與共犯論相對，前者討論行為人單數與構成要件複數之情形，後者討論行為人複數與構成要件單數之情形。

我國學說與實務對競合論之見解分歧<sup>90</sup>，本文不擬詳述，僅就與專利侵害相關者，加以討論。

#### 一、想像競合

刑法第五十五條規定：「一行為而觸犯數罪名，或犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，從一重處斷。」，前者稱為「想像競合」，後者稱為「牽連犯」。

想像競合之成立要件為：1、行為人僅為一行為。2、侵害數法益。3、觸犯數罪名。

未經同意而實施具有一種以上專利之物品或方法，係以一行為觸犯數罪名，乃想像競合犯，應論以較重

之罪<sup>91</sup>。

#### 二、牽連犯

牽連犯之成立要件為：1、行為人有二以上之故意行為。2、行為間須具牽連關係。3、觸犯不同罪名。

專利侵害案件中最常出現之牽連犯為：先製造後販賣，例如：「被告所犯上開仿製新型專利及販賣新型專利二罪間有方法結果之關係，為牽連犯，應從一重之仿製新型專利罪處斷」<sup>92</sup>。

#### 三、連續犯

刑法第五十六條規定：「連續數行為而犯同一之罪名者，以一罪論。但得加重其刑至二分之一。」

連續犯之成立要件為：1、行為人須具整體故意。2、行為人須連續為數個同種之行為。3、連續行為為侵害同一或同種法益。4、觸犯同一罪名。

專利侵害案件中經常出現連續

90 林山田，刑法通論，441 頁以下；黃常仁，刑法總論—邏輯分析與體系論證（下），155 頁以下；黃榮堅，雙重評價禁止與法條競合、犯罪的結合與競合，收於氏著「刑法問題與利益思考」（台北：月旦出版公司，民 84 年 6 月），255、323 頁以下；甘添貴，罪數理論之研究（一）～（三），軍法專刊，38 卷 10 期以下；陳樸生，實用刑法，187 頁以下。

91 台灣宜蘭地方法院八十二年易字第八二〇號判決、台灣高等法院八十四年上易字第六〇〇八號判決、台灣台南地方法院八十四年易更字第七號參照。

92 台灣台南地方法院八十四年易更字第七號參照。

犯，例如：「被告前後多次販賣行為，時間緊接，構成要件相同，顯係基於

概括犯意反覆爲之，爲連續犯，應依連續犯之規定論以一罪。」<sup>93</sup>

實務上將想像競合犯、牽連犯、連續犯合稱爲「裁判上一罪」，在科刑上依一罪處斷，在訴訟法上係一訴訟客體無從分割，屬於「單一犯罪事實」，若爲單一被告，即屬「單一案件」，有起訴不可分、審判不可分、上訴不可分等效力<sup>94</sup>。

「法規競合」於專利侵害案件中，似未曾見，本文不另討論。

前述競合情形，可能於單一案件同時發生。

我國專利法侵害專利罪之法定刑如下—

專 利 法	罪 名	有 期 徒 刑	拘 役	罰 金
§123	製造發明專利物品罪			60,000 元以下
§124	使用發明專利方法罪			30,000 元以下
§125	製造新型專利物品罪	2 年以下	✓	15,000 元以下
§126	製造新式樣專利物品罪	1 年以下	✓	6,000 元以下
§127	販賣、陳列或進口發明專利物品罪			6,000 元以下
§128	販賣、陳列或進口新型專利物品罪	6 月以下	✓	3,000 元以下
§129	販賣、陳列或進口新式樣專利物品罪		✓	1,500 元以下

93 台灣高等法院台中分院八十五年上易字第二三七〇號判決、台灣高等法院八十五年上易字第七二五九號判決參照。

94 陳樸生，刑事訴訟法實務，95 頁以下。

95 台灣高等法院台南分院八十年上易字第五一五號判決參照。

其成立要件爲：1、同一人犯二以上獨立犯罪。2、行爲人需出於數犯意

而為數行為。3、須在裁判確定前所犯罪。

## 捌、專利侵害之刑罰

### 一、我國侵害專利罪之刑罰

我國之刑罰可分為主刑與從刑。主刑，係得以獨立科處之刑罰手段，包括死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役、罰金；從刑，係附隨主刑科處之刑罰手段，包括褫奪公權、沒收，惟於例外情形，亦可單獨宣告沒收<sup>96</sup>。

### 二、主刑

侵害專利罪之主刑包括有期徒刑、拘役與罰金。

民國八十三年專利法修正，僅就發明專利部分刪除自由刑，曾有學者批評「具有『大發明』性質之發明專利，竟比『小發明』侵害與專利標示不法行為，更不具刑罰可非難性，似有違罪責均衡之原則」<sup>97</sup>，此涉及專利侵害之除罪化，容於後討論。

刑法第四十一條規定：「犯最重本刑為三年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體、教育、職業或家庭

之關係，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。」，侵害專利罪之法定刑均在三年有期徒刑以下，如宣告刑為六月以下有期徒刑或拘役者即符合該條規定，法院判決應附帶易科標準「如易科罰金以○○圓折算壹日」。

依刑事訴訟法第四百五十七條，易科罰金應否准許屬於檢察官之職權，檢察官應參酌身體、教育、職業、家庭等關係而決定，所謂「執行顯有困難」係指就原宣告之執行相較於其不執行，弊顯然大於利，並非指執行機關之工作有重大困難。

### 三、從刑

刑法第三十八條規定：「左列之物沒收之：一 違禁物。二 供犯罪所用或犯罪預備之物。三 因犯罪所得之物。前項第一款之物，不問屬於犯人與否，沒收之。第一項第二款、第三款之物，以屬於犯人者為限，得沒收之。但有特別規定者，依其規定。」

於專利侵害案件中，常見之沒

<sup>96</sup> 刑法第三十九條、第四十條但書參照。

<sup>97</sup> 蔡明誠，發明專利法研究，240 頁。

收物為一

(一) 供犯罪預備之物

1、製造專利物品或使用專利方法所用之原料、元件、半成品、設計圖。

2、販賣專利物之產品目錄、說明書、估價單。

(二) 供犯罪所用之物

1、製造專利物品或使用專利方法所用之機器、模具、工具。

2、販賣專利物之專利物、出貨單、外放認收單。

(三) 因犯罪所得之物

1、製造專利物品或使用專利方法所得之侵害專利物。

其沒收均以屬於犯人為限。

專利法之罰則規定中並無類似日本特許法第二百零一條，或我國著作權法第一百零一條之兩罰規定；實務上法人侵害專利者，均以負責人為被告，其犯罪所用或所得之物雖屬法人所有，仍予沒收。

玖、專利侵害之可罰性

一、問題之定位—刑事政策

曾有學者肯定專利侵害之刑罰必要，其立論為：侵害專利行為，由

狹義角度係侵害個人財產法益，由廣義角度係侵害國家、社會暨個人法益，此種行為具有侵害性，倘亦具違法性與有責性則構成犯罪，應科以刑罰。刑罰態樣中，以自由刑最符合近代刑罰理論。就滿足社會的正義感，對行為人施以再教育，並可遏阻社會大眾以觸犯相同罪責觀點，對侵害專利者應施以自由刑<sup>98</sup>。

此種看法似有商榷餘地。特定人之特定行為是否構成實定法上犯罪，為刑法之犯罪論所討論，其評價模式目前多採三階段論，亦即一個成為刑法完整評價的犯罪行為，必須同時具備構成要件該當性、違法性及有責性，刑法方能以刑罰的法律效果加以處罰；而對於可責的不法行為是否具有「應刑罰性」，則屬於刑事政策學範疇，應考慮行為破壞法益的輕重、對客體侵害危險性、行為人在良知上的可責性、刑罰之無可避免性等因素<sup>99</sup>，二者應嚴

98 陳文吟，專利法刑責之必要性—兼論我國與美國之侵害專利權與救濟，工業財產權與標準，30期（民84年9月），46頁以下。

99 林山田，刑罰學（台北：台灣商務印書館，民81年2月），22頁以下。

加區別<sup>100</sup>。德國學者 Hippel 曰：「刑事政策者，乃將刑法之有效性，由合目的與否之立場加以考察者之謂

也。」表明刑法與刑事政策間之不同立場<sup>101</sup>。「侵害專利是否應處以刑罰？」之問題乃屬「刑事政策」範疇，

應依刑事政策觀點探討。

## 二、修法爭議

民國八十三年專利法修正，眾所矚目焦點之一是侵害發明專利自由刑之廢除，立法過程中，持正反意見之雙方激辯不斷，其理由大致為一

### (一) 贊成廢除自由刑者

- 1、專利侵害行為之可責性遠低於普通刑法之犯罪行為，且民事賠償已可彌補專利權人之損害<sup>102</sup>。
- 2、刑罰規定增加產業經營成本（例如：在訟累壓力下，付出鉅額權利金），並浪費社會成本（例如：動用檢警以保護私權）<sup>103</sup>。

3、刑事處罰違反世界潮流，且超出國際保護標準<sup>104</sup>。

4、我國審查制度尚未健全，仍有部分專利係浮濫核准，國人稍一不慎極易構成犯罪<sup>105</sup>。

5、發明專利之刑事制裁一向被科技產業界批評為「研究發展的戒嚴法」，因為高科技研發，有無侵害專利極難認定，動輒實施刑事處罰，扼殺科技界的研發意願<sup>106</sup>。

### (二) 反對廢除自由刑者

- 1、專利權與著作權均屬無體財產

100 例如甲焚毀國旗，是否構成刑法第一百六十條「侮辱國旗國徽及國父遺像罪」，須檢驗其行為是否出於特定意圖、其人有無責任能力等要件，係在刑法規範存在之前提下，探討行為與刑法規範之合致性，乃前一問題；而侮辱國旗行為是否應科以刑罰，係討論該刑法規範存在之必要性，乃後一問題。

101 張甘妹，刑事政策（台北：三民書局，民75年6月），4頁。

102 立法院秘書處，民國八十三年專利法修正案，861頁，彭百顯委員發言。

103 立法院秘書處，民國八十三年專利法修正案，14頁，江偉平等提案總說明；17頁，蘇煥智等提案總說明。

104 立法院秘書處，民國八十三年專利法修正案，889頁，羅傳進委員書面意見。

105 立法院秘書處，民國八十三年專利法修正案，609頁，朱鳳芝委員發言。

106 立法院秘書處，民國八十三年專利法修正案，861頁，彭百顯委員發言。

權，侵害專利乃自然犯，而非法定犯，其刑罰規定不宜輕易廢除，且刑罰已實施多年，遏止侵害之效果良好<sup>107</sup>。

2、國內仿冒風氣熾盛，國際素以「仿冒王國」相稱。廢除現行專利刑罰，不只違背強化專利權保障之修

法目的，更可能引起國際誤會，錯誤我國有意縱容仿冒<sup>108</sup>。

3、發明、新型、新式樣之差異，僅存於標的內容及專利的要件，其保障程序不應有所不同<sup>109</sup>。

前引正反意見中，本文僅就若干代表性論點加以分析—

1、侵害專利與侵害商標、著作權之性質異同

專利權、著作權與商標權同屬無體財產權，因此有論者認為其救濟方式應一致，但此三者分別保障技術創新、文化創新與正當交易秩序<sup>110</sup>，其規範目的既有不同，救濟方式並無須削足適履、強求一致。而且商標或著作權侵害之判斷，均以一般人為標準，與專利（發明及新型）侵害之判斷以技術專家為標準，有顯著差異。

2、起訴與定罪比例低之意義

司法實務上，專利侵害案件之起訴與定罪比例均較一般案件低，反對廢除刑罰者將其解為檢察官與法官之處理慎重，案件多能公平解決，因此無庸恐懼<sup>111</sup>；但此比例甚低，亦代表極高比例之被告均係無辜捲入訟爭，國家為懲罰極少數人，卻令多數人受強制處分、商譽受損、訴訟勞費等不利益，其利益衡量，有待商榷。

3、阻礙業者從事研發

主張廢除刑罰者，認為刑罰規定將使專利權人有恃無恐，於授權或爭訟時索取鉅額權利金；但有學者批評此理由不成立，因前一情形可依特許實施解決，後一情形因刑罰僅限於故意，善意行為人毋需受

107 立法院秘書處，民國八十三年專利法修正案，585 頁，游乾賜參事發言。

108 立法院秘書處，民國八十三年專利法修正案，610 頁，林聰明委員發言。

109 立法院秘書處，民國八十三年專利法修正案，611 頁，陳健民委員發言。

110 謝銘洋，智慧財產權之概念與法律體系，收於氏著「智慧財產權之基礎理論」，12 頁以下。

111 立法院秘書處，民國八十三年專利法修正案，586 頁，游乾賜參事發言。

要脅而給付權利金<sup>112</sup>。本文認為後說似過於樂觀，因捲入刑事訟爭之不利利益，例如：公司商譽受損、負責人出庭應訊、支付律師費用等既成損害，

並無法因最後之無罪判決而彌補，業者所以「息事寧人」，往往並非自認理虧，而係出於現實考量。

三、各國立法例

大多數國家對侵害著作權或商標權者都設有刑責規定，但對於侵害專利權者之處罰則有不同。

英美法系國家對專利侵權不科以刑責，其立法思考為：著作權與商標權係公示於眾，侵權人不僅侵害權利人之私權，且係欺瞞社會大眾，應科以刑責；而專利權雖經公告，但權利範圍並非社會大眾所知悉，侵權人所侵害者為權利人之私權，而不及於社會公益，其性質類似侵權行為法 (torts) 的 trespass，純屬民事賠償問題，不另科以刑責<sup>113</sup>。

相對而言，許多大陸法系國家對專利侵權則設有刑罰規定，其立法思考為：專利權係國家所授予之排他權，侵害專利權破壞國家對專利權人

之保障，應處以刑罰。

目前全世界實施專利制度之國家約有一百七十個，對侵害專利設有刑罰規定之國家為（依英文字母順序）：阿爾及利亞、阿根廷、巴林、巴貝多、玻利維亞、智利、中國、哥倫比亞、哥斯大黎加、古巴、丹麥、多明尼西、厄瓜多爾、埃及、芬蘭、德國、瓜地馬拉、海地、冰島、印尼、伊朗、伊拉克、義大利、日本、南韓、科威特、黎巴嫩、利比亞、墨西哥、尼泊爾、荷蘭、尼加拉瓜、挪威、巴拿馬、巴拉圭、秘魯、菲律賓、波蘭、葡萄牙、羅馬尼亞、俄羅斯、斯里蘭卡、西班牙、蘇丹、蘇利南、瑞典、敘利亞、台灣、泰國、烏拉圭、委內瑞 拉

112 陳文吟，專利法刑責之必要性—兼論我國與美國之侵害專利權與救濟，工業財產權與標準，30期（民84年9月），48頁以下。

113 William H. Francis & Robert C. Collins, *Cases and Materials on Patent Law* (West Publishing Co., 1994), p.594；鄭成思，知識產權法通論（北京：法律出版社，1986年4月），35頁以下。

南斯拉夫，共計五十二個<sup>114</sup>。

惟前述國家中，有些國家雖仍保留刑罰規定，但係備而不用，例如：德國於一九三三年之後，從未動用該刑罰規定；而日本實際案例亦不多；

法國雖曾設有刑罰規定，但已於一九七五年廢除。因此大陸法系國家中產業較先進者，已少以刑罰處理專利侵害糾紛。

GATT/WTO TRIPs 第六十一

條規定：「會員至少應對具有商業規模而故意仿冒商標或侵害著作權之案件，訂定刑事程序及罰則。」，要求締約國以刑罰制裁侵害商標或著作權之商業行為，但其規定不包含專利。與智慧財產權相關之國際公約，對於專利侵害之救濟係採開放態度，締約國可自由選擇是否採取刑罰制裁。

#### 四、除罪化之可能性

凡有社會，必有犯罪。刑法乃規範「罪與罰」之法律，明文規定何種行為構成犯罪及犯罪應受何種刑罰，具有維護社會治安與保障人民權益之功能。其規定內容須明確安定，不可朝令夕改，令人民無所措手足。

但法律乃社會生活規範之一，當社會環境隨時代變遷，亦不可墨守舊規，一成不變。誠如法學家龐德所言：「法律必須安定，但不能靜止不動」。

某些行為，乃過去不以為罪或為立法者所未能預料，而當今有以之為犯罪加以處罰必要者，須重新檢討，導入刑罰規定中，處以應得制裁，此即「犯罪化」。反之，原認為應予處罰者，因時代變遷，已無再認定其為犯罪加以處罰必要者，亦須重新檢討，將其自刑罰規定中摒除，此即「除罪化」。

以下分就理論面與實務面探討專利侵害行為之除罪化。

114 J. W. Baxter & John P. Sinnott, *World Patent Law and Practice*( Matthew Bender Co. ), Vol. 1A, p 13-11, 各國之英文名稱依序為 Algeria, Argentina, Bahrain, Barbados, Bolivia, Chile, China, Colombia, Costa Rica, Cuba, Denmark, Dominican, Ecuador, Egypt, Finland, Germany, Guatemala, Haiti, Iceland, Indonesia, Iran, Iraq, Italy, Japan, Korea, Kuwait, Lebanon, Libya, Mexico, Nepal, Netherlands, Nicaragua, Norway, Panama, Paraguay, Peru, Philippines, Poland, Portugal, Romania, Russian Federation, Sri Lanka, Spain, Sudan, Suriname, Swedan, Syria, Taiwan, Thailand, Uruguay, Venezuela, Yugoslavia, 日本 (Japan) 為原清單所無，係本文所添加。

#### (一) 理論面

「謙抑思想」為刑法立法及解釋之原理，所謂「謙抑思想」乃刑法須本於謙讓抑制之本旨，在必要及合理之最小範圍內，始予以適用。對於同

一影響社會秩序之不法行為，民法之法律效果為負損害賠償責任或回復原狀，行政法上為處以罰鍰或停業等行政處分，刑法上則處以一定之刑罰制裁，而刑罰動輒剝奪人民之生命、

自由或財產，其手段嚴厲，本身亦屬惡害。因此若依民事賠償、行政制裁等其他制裁手段處理，即足以遏止該不法行為或維護社會秩序之公平正義時，應以其他手段優先<sup>115</sup>。

## （二）實務面

經濟刑事立法須遵行「手段相當原則」，亦即法律手段與保護法益應具相當對等的關係<sup>116</sup>。專利法第一條揭示立法目的為「鼓勵、保護、利用發明與創作，以促進產業發展」，但專利侵害之刑罰規定雖以保護專利權為出發點，卻帶來業者唯恐動輒得咎而降低自行研發意願、難以合理權利金取得授權等副作用，尤其以刑事訴追逼迫民事和解之風盛行，業者為

免除訟累往往賠錢了事，此均有礙產業技術進步。權衡保護之目的與手段，專利侵害之刑罰規定應可考慮廢除，而依民事賠償即可；若行為人係故意侵權，可處以數倍之懲罰性賠償金（punitive damages）<sup>117</sup>，並無須動用刑罰而扭曲自由經濟體制下的產業結構。

至於廢除刑罰是否等於鼓勵仿冒的想法應屬多慮，民國七十五年票據法廢除刑責規定，曾引起大眾疑慮，恐懼空頭支票盛行，故幾經波折方始定案<sup>118</sup>，但修法後並未影響經濟秩序，反成為信用制度之契機。

## 五、展望

115 甘添貴，刑法之謙抑思想，月旦法學雜誌，24期（民86年5月），50頁以下。

116 林山田，經濟犯罪與經濟刑法（台北：政治大學法律學系法學叢書，76年5月），101頁。

117 關於「懲罰性賠償金」，可參閱楊靖儀，懲罰性賠償金之研究（台灣大學法律研究所碩士論文，民85年6月）；陳聰富，美國懲罰性賠償金的發展趨勢—改革運動與實證研究的對峙，台大法學論叢，27卷1期（民86年10月），231頁。

118 陳思明、陳木在編，票據法時論選輯（台北：財政部金融司，民75年8月）。

就國際趨勢而言，國際公約從未要求會員國對專利侵害處以刑罰，大體而言，英美法系國家自始不將此類行為視為犯罪，而大陸法系國家中，產業較先進者，對專利侵害之刑罰或甚少動用（如日本），或備而不用（如

德國），或除罪化（如法國），均未如我國現況以刑事訴追為達成民事賠償之手段，尤其我國刑事訴訟採無償主義，無異於由國家公權力義務性替專利權人索取賠償，甚不合理。在專利制度初建之時，或需藉由刑罰之強

制手段保護專利權，但在專利制度已步入常軌後，是否仍需採行刑事手段，尚有討論餘地。

專利制度固有獎勵發明、提昇產業技術之正面效應；但若立法或執行不當，仍可能反成爲經濟發展之阻礙。專利法制應將獎勵發明、產業政策與國際調和均列入考慮，並兼顧發明人權益與社會公益。對於專利侵害除罪化之探討，不能陷於情緒性反應

或過於簡化之思考，而應對專利侵害刑罰之正負作用各因素綜合衡量，尋求適合我國現況之法令政策。

作者:李文賢清華大學電機碩士

東吳大學法碩乙組碩士

曾任專利審查委員

現任台灣先智專利商標事務所

專利代理人

(本文僅爲個人研究心得，不代表任職事務所立場)

## 月刊贈閱

爲答謝讀者，本月刊第 14~18 期(89/2~89/6)提供贈閱，請於信封上註明資料服務組月刊社收及「索贈月刊」。

索贈冊數郵資如下：

1 冊：20 元，2-3 冊：35 元，4-6 冊：55 元